

A. I. N° - 206863.0002/22-3
AUTUADO - MARISA LOJAS S/A
AUTUANTE - MAURÍCIO COSTA GOMES
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.03.2024

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO JJF N° 0030-05/24-VD**

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. OMISSÃO DE SAÍDAS EM VALOR SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Procedimento fiscal de acordo com o disposto na Portaria Estadual n° 445/1998. Reduzido o montante lançado com base na diligência cumprida por estranho ao feito, cujo resultado não foi contestado pelo Sujeito Passivo. Infrações parcialmente elididas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/02/2022 (ciência em 22/02/2022, pelo DT-e), formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$ 176.991,84, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS.

INFRAÇÃO 01 – 004.005.002. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2017) - R\$ 3.147,81. Multa de 100%.

INFRAÇÃO 02 - 004.005.002. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2018) - R\$ 173.844,03. Multa de 100%.

Por meio do advogado Ítalo Costa Simonato, OAB/SP 311.479 (fls. 22/35), o autuado apresenta defesa, discorre sobre as infrações e ressalta a tempestividade e argumenta que a autuação não pode prevalecer conforme passou a demonstrar.

No mérito, alega que a fiscalização utilizou-se de dados fiscais magnéticos fornecidos e apurou omissão de supostas entradas e saídas de mercadorias, a exemplo do Produto (SKU - *Stock Keeping Unit*), definidos como identificadores únicos de um produto e utilizados para manutenção de estoque.

Alega que o confronto de dados lançados em seus arquivos eletrônicos com os estoques iniciais e finais registrados, pelos respectivos códigos dos produtos, levou a presumir saídas de produtos sem emissão de documentos fiscal (nota ou cupom), que não condizem com a realidade da loja de departamento de nível nacional e solidez no mercado, face às diferenças apontarem para uma imperfeição meramente operacional e não por falta de pagamento de imposto.

Afirma que para descortinar a impropriedade do método adotado pela fiscalização no levantamento fiscal, solicitou a realização de auditoria em seus arquivos fiscais pela empresa

Audit Brasil Ltda, para identificar potenciais inconsistências que levaram a fiscalização à conclusão pela existência de saída de mercadorias desacobertas de nota fiscal, cujas conclusões foram traduzidas no Laudo em anexo, que analisou os dois períodos autuados (2017 e 2018).

Em seguida passou a indicar produtos que elegeu como instrumento comparativo com código:

- i) Código: 10028506843 - MEIA INF K2 HULK MAVI6 SCHI. ZVR. 26A9), conforme quadro de fl. 25 que apresentou omissão de saída de oito itens, porém o Relatório de Auditoria apontou que o mesmo produto foi registrado com codificação interna diferente, com números à frente e atrás (1- 10028506843) e às vezes apenas contendo a codificação raiz ou nuclear (2850684), e se considerar o registro interno com dois perfis cadastrais, inexistente a omissão apurada pela fiscalização, visto que a “omissão de saída” para um código e “omissão de entrada” para outro código anula as diferenças.
- ii) Código 1-10031502191 - TENIS MOL 5632100 BCO/DOURAD. BRANCO. 38”, que utilizou códigos 1-10031502191 e 3150219, utilizando dígitos à *frente* e atrás (dígito) e outro com padrão reduzido (3150219), para um mesmo produto, a exemplo do produto com código 1-10031502191 - TENIS MOL 5632100 BCO/DOURAD, BRANCO, 38 e código 3180219 -TENIS MOL 563210. Ressalta que o Relatório da Fiscalização identificou, omissão de saída de oito itens do produto registrado com o código 1-10031502191, mas com a unificação dos códigos 1-10031502191 e 3150219, as diferenças de entrada e de saída identificadas em cada código distinto se anulam;
- iii) Códigos 1-10032995336 - CAMISETA MESA ANOTHER LOVE STORY. SCZ. P”, afirma que utilizando os códigos 10032995336 e 3299533, ou seja, três perfis numéricos para um mesmo produto, ora o padrão (10032995336), ora com o “1-” à frente (1-10032995336) e ora com o número raiz (3299533), constatou que a fiscalização identificou omissão de saída de 18 itens, conforme quadro de fl. 29. Afirma que para o código 10032995336 havia uma suposta diferença de saída totalizando diferenças de saída de 19 itens e para o código 3299533, havia uma suposta diferença de entrada dos mesmos 19 itens, ou seja, quando unificados os códigos, as diferenças desaparecem.

Argumenta que as conclusões contidas no laudo da Audit Brasil são cristalinas e esclarecedoras: *“Percebemos o comportamento sistêmico onde diversos produtos tiveram seus códigos de saída alterados, produtos que tinham códigos originais 1-10032995336 foram transformados em 3299533 quando da saída para consumidor final através do documento eletrônico MOD 65, ou seja o sistema retirou caracteres dos códigos 1-10032995336, proporcionando uma visão distorcida quanto ao levantamento quantitativo, sinalizando uma omissão que de fato é não existiu nesses produtos, conforme demonstramos nos exemplos acima. ”*

Registra que se trata de apenas alguns exemplos, cuja ocorrência se replicou por todo o levantamento fiscal quantitativo, em centenas de outros códigos fiscais, comprometendo a integridade e a confiabilidade da autuação fiscal.

Nesse sentido, afirma que na mídia CD-ROM juntada em anexo contendo de 35.000 folhas, a Audit Brasil Ltda. promoveu a rigorosa unificação dos produtos com a mesma descrição, porém com códigos estruturalmente diferentes, de modo a traduzir como deveria ter sido realizado o levantamento fiscal quantitativo.

Argumenta que os critérios adotados pela fiscalização, com base em arquivos magnéticos “deficitários” da empresa, por inobservância na padronização de códigos, direcionam-na a um levantamento fiscal também deficitário, carente de liquidez e certeza, maculando o levantamento fiscal específico.

Transcreve às fls. 31/32, decisões proferidas pelo Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) do Estado de São Paulo (RECURSO DE OFÍCIO, Processo 4027539/2015 e Recurso Ordinário, DRTC-I, Processo 11812/1998) que reconheceram a ocorrência de erros na escrituração que não autorizam presunção

de ocorrência de fato gerador.

Alega que tendo apuradas omissões de saídas e de entradas, o levantamento fiscal deveria ter agrupado os produtos de mesma identidade descritiva, nos termos do artigo 3º da Portaria 445/98, em busca da verdade real o que desqualifica a presente presunção fiscal, pela impropriedade do método adotado.

Subsidiariamente, com base no princípio da eventualidade, observa que a multa aplicada, caso persista sua manutenção pelo órgão julgador, ganha contornos de confisco, incorrendo em bitributação por apurar imposto à alíquota interna de R\$ 176.991,84 e penalidade arbitrada com idêntico montante (multa de 100%), violando o princípio constitucional do não confisco (art. 150, IV da CF), conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (AgReg. nº RE 657.372/RS/2013).

Requer que, caso entenda pela manutenção do crédito fiscal, que a multa punitiva seja reduzida ao patamar de 50% do valor do imposto (“principal”).

Pede o acatamento das razões da defesa, conforme razões expostas, para alcançar-se a justiça na solução deste contencioso administrativo.

O autuante na informação fiscal prestada (fl. 68) afirma que o sujeito passivo tentar impor à SEFAZ os seus sistemas domésticos de controle de movimentação de mercadorias em substituição aos documentos fiscais previstos no nosso ordenamento jurídico, o que se repete em todas as suas filiais.

Diz que o único documento que comprova a entrada ou a saída de mercadorias de um estabelecimento é a nota fiscal válida, como afirmado em outros processos, ressaltando que o Estado não proíbe o uso de sistemas de informações domésticos, mas que os resultados sejam compatibilizados com o sistema SPED, através das informações corretas nas EFD e outros registros que assim se fizerem necessários.

Afirma que as codificações confusas, ou estratégicas para a empresa, não atendem ao que determina o regulamento do SPED, visto que para cada mercadoria só pode haver um e somente um código e os relatórios e planilhas geradas por sistemas domésticos, carecem do condão de regularizar movimentos de mercadorias sob o ponto de vista fiscal, por não basear-se em nota fiscal.

Ressalta que o levantamento fiscal foi feito com base no estoque físico contido na base exclusiva das informações oriundas da EFD do estabelecimento autuado e não pode considerar informações adicionadas de outras fontes, inclusive adotadas todas as facilidades técnicas, tais como, agrupamentos possíveis e dedução de perdas previstas em lei. Confirma o levantamento fiscal e os valores reclamados.

Às folhas 73/74, esta 5ª JJF deliberou por converter o feito em diligência, à infaz de origem, com vistas a que o autuante adotasse as seguintes providências:

1. Intimar o estabelecimento autuado para:
 - a. Tomar como base a planilha juntada ao processo e para cada produto que o autuante apurou omissão de entrada e de saída, indicar a quantidade omitida e relacionar as notas fiscais ou cupons fiscais de saída devidamente registradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD) e quantidade dos produtos com código e denominação derivada;
 - b. Tomando por exemplo o produto “CAMISETA MESA ANOTHER LOVE STORY.SCZ.P” com o código 1-10032995336, que a fiscalização identificou omissão de saída de 18 itens:
 - i. Indicar o nº das notas fiscais ou cupons fiscais de saídas dos códigos 10032995336 e 3299533, que tenham a mesma denominação CAMISETA MESA AN.

2. O mesmo procedimento deve ser adotado para todos os produtos que a empresa tenha utilizado códigos diferentes para a mesma denominação (descrição).
3. Conceder prazo de 60 (sessenta) dias para o atendimento da intimação.
4. Caso a empresa atenda ao solicitado, o autuante deve promover o agrupamento dos produtos que apresentem similaridade das descrições de mercadorias que indiquem tratar-se de um mesmo produto ou quando ocorrer pequenas variações entre itens, nos termos do art. 3º, III da Portaria 445/98.

Às folhas 87/94, auditor estranho ao feito cumpriu a diligência, oportunidade em que tece as seguintes considerações.

Explica, inicialmente, que, como a diligência em questão veio junto com outras cinco diligências do Conselho, tratando da mesma matéria e para o mesmo contribuinte, qual seja o levantamento quantitativo de estoques da empresa MARISA LOJAS S/A, conduziu inicialmente um alinhamento entre a fiscalização (auditora estranha ao feito e supervisor da área) e o CONSEF, para que todas as dificuldades do que estava sendo solicitado fossem conhecidas e entendidas por todas as partes e para que uma solução conjunta fosse encontrada para o caso da MARISA.

Informa que inúmeras reuniões ocorreram também com os responsáveis pela área fiscal da empresa (cópias de e-mails anexas), com o intuito de entender a sistemática de codificação de mercadorias adotada pelo grupo em todo o Brasil e não apenas na Bahia, para que se pudesse chegar a uma solução viável relativamente aos seus estoques.

Relata um problema geral do estoque da MARISA, pois a empresa adotava, por ocasião dos exercícios fiscalizados no presente processo (2017 e 2018), uma sistemática de codificação das mercadorias comercializadas onde o código utilizado no registro das entradas e aquele utilizado nas saídas (ou notas de entrada de emissão própria/devoluções), bem como nos inventários, eram divergentes entre si, ainda que com uma base comum. Exemplifica com o item CAMISETA MESA ANOTHER LOVE STORY, de código padrão 3299533, trazido pela própria Autuada em sua Impugnação e reforçado no texto da diligência.

Informa que encontrou a CAMISETA na escrita do Contribuinte:

- CAMISETA MESA ANOTHER LOVE STORY, SCZ, P → código 0010032995336
- CAMISETA MESA ANOTHER LOVE STORY. SCZ. P → código 3299533

Embora esse caso específico apresente apenas dois formatos de codificação numérica, informa que, na prática da MARISA, existem três formatos possíveis de codificação de suas mercadorias: o código padrão simples com sete dígitos, majoritariamente utilizado nas saídas, o código com 00100 à esquerda e mais oito dígitos (sete do padrão + um dígito verificador à direita) e o código com 1-100 à esquerda com mais oito dígitos também, esses últimos geralmente utilizados nas entradas. À parte, a forma como são codificadas numericamente essas mercadorias, informa que se verifica, também, o que é um complicador grave para os sistemas informatizados de modo geral, que não há identidade absoluta na forma como elas são descritas, observando que a distinção pode ser, como de fato o é, muitas vezes apenas uma troca entre pontos e vírgulas.

Como não tinham identidade numérica ou descrição idênticas, relata que tais mercadorias não eram reconhecidas como um único item pelo sistema SIAF – Sistema Integrado de Auditoria Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que foi criado para leitura, interpretação e cruzamento de dados da EFD e NFe dos contribuintes, seguindo à risca o que determina o Guia SPED quanto ao correto preenchimento de sua escrita fiscal. Transcreve trechos do Guia Prático SPED, para ilustrar o seu relato, informando que, na eventualidade de mudança de código de produto ao longo do ano, há previsão no GUIA Prático SPED para que isso seja informado (Registro 0205).

Argumenta que qualquer sistema informatizado, aliás, busca uma perfeita identificação entre os registros para assumi-los como coincidentes. Como “perfeita”, entenda-se aqui 100% dos

caracteres utilizados! Caso contrário, o sistema interpreta como itens distintos. Pois bem, com essa escrituração defeituosa, explica que um item adquirido não era entendido pelo sistema como o mesmo que foi vendido ou inventariado. Isso levou a auditoria a um resultado de omissões, tanto de entradas como de saídas, que não retratava a realidade do levantamento quantitativo do estoque da empresa, já que aquela quantidade de omissões apontadas pelo cálculo original do Auto de Infração em epígrafe estava majorada pela discrepância entre os códigos de entradas e saídas. Afirma que isso ocorria em todos os estabelecimentos do grupo, obviamente, já que se tratava de prática operacional de controle e codificação de mercadorias comercializadas, motivo pelo qual foi preciso abordar o tema amplamente.

Informa qual foi a solução adotada, explicando que, antes de mais nada, para plena compreensão da questão, é preciso reforçar que uma empresa desse porte comercializa mais de 50.000 itens e que a possibilidade de um agrupamento manual no SIAF é remota e, também, não compete à auditoria fiscal. Reitera que o que faz a Portaria 445/98 em seu Artigo 3º inciso III é que ela aconselha, aos Auditores Fiscais, o uso do bom senso na eventualidade de se encontrar mercadorias com similaridades, ou distinções de cor e tamanho, que levem a crer tratar-se do mesmo produto e que devam, portanto, ser computadas conjuntamente. Não é o caso, todavia, da MARISA LOJAS S/A, cujo cerne da questão é a utilização de um padrão de codificação de itens que inclui zeros e traços em algumas operações/registros contábeis, além de dígitos verificadores ao final, e não os inclui em outros.

Informa que foram muitos os encontros entre o Fisco e os prepostos fiscais do Contribuinte para que se chegasse a um entendimento sobre como corrigir esse desencontro de dados, de modo que se pudesse visualizar a real situação dos estoques da empresa. Explica que a única solução possível e cabível nesse caso foi intimar a Autuada para retificação da sua escrita fiscal (EFD) para que toda movimentação de determinado produto tivesse o mesmo código numérico, desde o inventário inicial até o inventário final, passando por todas as aquisições e vendas e/ou transferências nesse ínterim.

Relata que, como não era possível mais ajustar as notas fiscais emitidas, a correção foi direcionada para os registros de entradas e inventários (vide cópia anexa da intimação). Assim, informa que a Autuada foi intimada a proceder à referida retificação, tendo-lhe sido concedido o prazo máximo de 90 dias para atendimento da intimação.

Relata, ainda, as dificuldades encontradas, explicando que, ao realizar novo cálculo do estoque com os arquivos retificados, houve uma redução muito pouco significativa em relação ao resultado anterior. Um dos motivos imediatamente identificados foi o montante de notas de devolução de emissão própria, que continham os códigos utilizados nas entradas. Explica que essas notas, muito comuns em redes de varejo desse porte, não podem ser alteradas, assim como aquelas de saídas, por serem documentos eletrônicos digitais, registrados automaticamente no momento da emissão no banco de dados da Receita Federal.

Assim, relata que a solução definitiva encontrada, então, foi uma planilha DE-PARA, onde todos os códigos utilizados para uma mesma mercadoria (vide exemplos do item 2) foram alinhados para que o sistema pudesse agrupá-los em um único item. O princípio foi o de limpar os zeros e traços à esquerda e o dígito verificador à direita e considerar apenas o código padrão de sete dígitos, conforme exemplos a seguir extraídos após novo cálculo.

Tomando-se como exemplo ainda a CAMISETA MESA ANOTHER LOVE STORY, explica que o que se identifica agora no levantamento quantitativo de estoque é:

- CAMISETA MESA ANOTHER LOVE STORY, SCZ, P → código 0010032995336 → omissão +1 (saída)
- CAMISETA MESA ANOTHER LOVE STORY. SCZ. P → código 3299533 → omissão -1 (entrada)

Total do grupo de código padrão 3299533 → omissões zeradas

Informa que, após agrupados com o DE-PARA, o resultado de omissões desse item foi zerado, como se pode verificar no print anexo da tela do SIAF. E assim foi feito para todos os produtos

comercializados pela empresa, apontando um novo resultado em sua análise de estoques. Explica que o resultado obtido, a partir desse agrupamento, nem sempre será igual a zero, pois eventualmente são identificadas omissões reais, comuns nos controles de estoque das grandes redes varejistas. O fato é que, após o procedimento, uma grande quantidade de mercadorias foi agrupada pelo código padrão ou raiz, reduzindo substancialmente a quantidade de omissões lançadas no Auto de Infração e, conseqüentemente, o valor cobrado de imposto por saídas não documentadas.

Faz um breve relato acerca do novo resultado encontrado, destacando que um evento importante ocorreu na infração 01 (exercício de 2017) na revisão fiscal desse auto de infração, comparativamente a outros autos e exercícios fiscais dos demais estabelecimentos MARISA revisados. O exercício de 2017, após nova análise do estoque a partir de EFD retificadora e planilha DE-PARA, tudo conforme detalhadamente explanado anteriormente, apresentou resultado superior ao identificado e lançado originalmente no AI. Informa que o novo valor de ICMS encontrado para omissões de saídas em 2017 foi de R\$ 21.678,50, enquanto no Auto original esse valor foi de R\$ 3.147,81.

Já a infração 02 (exercício fiscal de 2018), informa que apresentou redução do valor lançado, ficando agora em R\$ 31.261,25, conforme demonstrativos anexos.

Informa que o inteiro teor dos demonstrativos encontra-se em mídia digital também anexa.

Quanto ao percentual de quebra de estoque, informa que o percentual a que tem direito a Autuada, foi concedido no valor de 1,18%, conforme item 4 do § 1º do art. 3º da Portaria 445/98, “varejo de moda”. Cópia da tela do sistema confirmando a execução segue anexa a esta IF.

Conclui a sua peça informativa, esperando ter cumprido o objetivo da supracitada Diligência, ao tempo em que se coloca à inteira disposição para quaisquer esclarecimentos adicionais.

Cientificado do teor da diligência, em 03/11/2023, pelo DT-e, o Sujeito Passivo não se manifestou.

Esse é o relatório.

VOTO

O auto de infração acusa o cometimento de duas infrações da mesma natureza, apuração de omissão de saída de mercadorias com base em levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 2017 (infração 1) e 2018 (infração 2).

Na defesa apresentada, o sujeito passivo reconhece que, há uma inconsistência sistêmica nos dados constantes dos seus arquivos magnéticos que foram apresentados ao fisco, mas que o levantamento fiscal feito com base nos arquivos magnéticos gera inconsistências.

Para tentar comprovar suas alegações o autuado apresentou laudo produzido por uma empresa de consultoria (Audit Brasil), exemplificando os produtos com:

Código: 10028506843 - MEIA INF K2 HULK MAVI6 SCHI. ZVR. 26A9, que tiveram registro com codificação interna diferente (1- 10028506843; 2850684);

Código 1-10031502191 - TENIS MOL 5632100 BCO/DOURAD. BRANCO. 38”, que utilizou códigos 1-10031502191 e 3150219, com padrão reduzido 3150219 e 3180219 e

Códigos 1-10032995336 - CAMISETA MESA ANOTHER LOVE STORY. SCZ. P”, que utilizou códigos 10032995336 e 3299533.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

Conforme reprodução na defesa do relatório do demonstrativo elaborado pelo autuante, foi apurado omissão de saída do produto com Código: 10028506843 - MEIA INF K2 HULK MAVI6 SCHI. ZVR. 26A9. Já o produto com código 2850684 que a empresa alega que deve ser agrupado tem denominação MEIA INF K2 HULK

Da mesma forma o produto objeto da autuação com Código 1-10031502191 - TENIS MOL 5632100 BCO/DOURAD. BRANCO. 38 e a empresa alega que se trata do mesmo produto com códigos 3150219, com denominação TENIS MOL 563210.

E o produto autuado com Código 10032995336 - CAMISETA MESA ANOTHER LOVE STORY. SCZ. P, a empresa alega ser os mesmos do código 1-10032995336 e 3299533 CAMISETA MESA AN.

Observo que tanto na infração 1 como na infração 2, foi apurada omissão de saída de mercadorias (art. 2º e 23-B da Lei 7.014/96 cc art. 83 do RICMS/BA) utilizando procedimentos previstos no art. 13, I da Port. nº 455/1998 que prevê:

Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, "a", e § 1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;

No que se refere ao pedido de fazer agrupamento de mercadorias por código e por tipo, sob alegação de inconsistências nos seus arquivos magnéticos, observo que o art. 3º, III da referida Portaria assim dispõe:

Art. 3º A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:

I - criterioso rigor na quantificação das mercadorias, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento;

II - atentar para a unidade de medida a ser adotada, que há de ser a mesma utilizada pelo contribuinte para cada espécie de mercadoria: unidade, dúzias, quilos, toneladas, grosas, sacos de "x" quilos, caixas com "x" unidades, metros, litros, etc.;

III - nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins (grifo acrescido).

Pela análise do referido artigo, constata-se que nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas ou uma mercadoria possa ser identificada com mais de uma denominação, ou ainda, quando comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins.

Dados os erros nos arquivos transmitidos pelo contribuinte, esta 5ª deliberou por converter o feito em diligência, para viabilizar o agrupamento das mercadorias com denominações similares.

Atendida a diligência, auditor estranho ao feito fez um detalhado relato das dificuldades para agrupamento das mercadorias, dada a falta de critério e de formato padrão na codificação adotada pelo contribuinte.

Superadas as dificuldades, a diligência promoveu o agrupamento requerido por esta 5ª JJF e refez o levantamento quantitativo, oportunidade em que apurou quantidades omitidas maiores do que as lançadas, para a Infração 01, bem como reduziu o montante lançado para a Infração 02, que ficou então reduzido de R\$ 173.844,03 para R\$ 31.261,25, conforme consta da peça informativa, à folha 93.

Quanto à Infração 01, não é possível elevar o valor lançado, em homenagem ao princípio da *non reformatio in pejus*, positivado no art. 156 do RPAF/99, abaixo reproduzido.

"Art. 156. Ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal."

Nesse sentido, deve ser mantido o valor originalmente lançado.

Cientificado do teor da informação fiscal, o Sujeito Passivo não se manifestou.

No roteiro de auditoria dos estoques, são computadas as quantidades de mercadorias registradas como estoque inicial do exercício, somada as quantidades que ingressaram no estabelecimento

no exercício (compras, transferências, devoluções, etc) totalizando as quantidades disponíveis, que deduzido das quantidades registradas no estoque final, resulta na saída real em quantidade. Comparado com as quantidades saídas constantes dos documentos fiscais emitidos e escriturados regularmente, se apurada quantidade a menos que ao da saída real, configura omissão de saída de mercadorias e cabível a exigência do ICMS correspondente, conforme indicado no enquadramento da infração (artigos 2º, I e 23-B da Lei 7.014/96 c/c o art. 83, I do RICMS/BA).

Para elidir a acusação, diante dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, cabe ao contribuinte apontar erros no trabalho da fiscalização. Na situação presente, o roteiro da auditoria foi feito com base nos dados constantes dos arquivos magnéticos, que devem refletir a movimentação real consignada nos documentos fiscais (notas fiscais e cupons fiscais de entrada e saída) e quantidades dos itens registrados nos livros fiscais (Registro de Inventário).

Com relação ao argumento de que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório, afrontando aos princípios do não confisco e da proporcionalidade, observo que a multa aplicada com percentual de 100% é prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96, e o art. 167, I do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) expressamente retira da competência desse Colegiado abordar questões de inconstitucionalidade da legislação tributária vigente. Também não há previsão regulamentar para reduzir a penalidade ao percentual de 50% na forma requerida, motivo pelo qual não acolho, por falta de amparo legal. Ressalto que conforme indicado no demonstrativo de débito (fl. 2) o art. 45, incisos I, II e III da Lei 7.014/1996, prevê reduções com percentuais de 25%, 35% e 70% a depender do momento do pagamento o que em termos efetivos pode resultar em ônus para o contribuinte, menor que o percentual de 100% indicado na sua tipificação.

Por tudo exposto, considerando que o contribuinte não se manifestou, revelando uma aceitação tácita do resultado da diligência, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO	ICMS	
1	R\$	3.147,81
2	R\$	31.261,25
TOTAL	R\$	34.409,06

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206863.0002/22-3**, lavrado contra **MARISA LOJAS S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 34.409,06**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18 de agosto de 2018.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2024.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA